Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A 285/2007 /frs

Séance du 16 août 2007
IIe Cour de droit civil

Composition
MM. et Mmes les Juges Raselli, Président,
Escher, Meyer, Hohl et Marazzi.
Greffière: Mme Rey-Mermet.

Parties
X._____,
recourant, représenté par Me Catherine Jaccottet Tissot, avocate,

contre

Y._____,
intimée, représentée par Me Marc-Etienne Favre, avocat,

Objet
reddition d'un enfant,

recours en matière civile contre l'arrêt de la Chambre des tutelles du Tribunal cantonal vaudois du 22 mai 2007.

Faits :
A.
En 1999, Y._____, de nationalités belge et suisse, s'est installée en Israël. Le 23 octobre 2001, elle a épousé X._____, de nationalité israélienne, dont elle avait fait la connaissance au début de l'année. Leur enfant A._____ est né à Tel Aviv le 10 juin 2003.

Selon Y._____, des difficultés conjugales ont surgi en automne 2003, lorsque X._____ s'est rapproché du mouvement religieux juif "Loubavitch". Les époux se sont séparés.

Le 20 juin 2004, à la requête de Y._____ qui craignait que X._____ n'emmène leur fils dans une communauté "Loubavitch-Habad" à l'étranger, le Tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv a rendu une ordonnance d'interdiction de sortie de l'enfant du territoire israélien. Par ordonnance provisoire du 27 juin 2004, ce tribunal a attribué à la mère la garde de l'enfant. Cette juridiction a confirmé cette décision le 17 novembre 2004, tout en accordant au père un droit de visite, l'autorité parentale (guardianship) étant détenue conjointement par les parents.

Le divorce des époux a été prononcé le 10 février 2005. Ce jugement n'a pas modifié l'attribution de l'autorité parentale, cette question ne relevant pas du juge du divorce selon le droit israélien.

Le 27 mars 2005, le Juge du tribunal des affaires familiales a rejeté la requête de la mère tendant à la levée de l'interdiction de sortie de l'enfant d'Israël. Le 24 juin 2005, la mère a quitté Israël avec l'enfant.
B.
Le 22 mai 2006, l'Autorité centrale israélienne a notifié une requête de retour à l'Autorité centrale suisse. Le 8 juin 2006, X._____ a notamment requis la Justice de paix du district de Lausanne d'ordonner le retour de

Y._____ avec l'enfant à Tel Aviv afin qu'il puisse reprendre les relations personnelles avec son fils, telles qu'elles avaient été réglées par les tribunaux israéliens.

Par décision du 29 août 2006 notifiée le 13 septembre suivant, la Justice de paix a rejeté la requête du père.
Le 22 mai 2007, après avoir procédé à une instruction complémentaire, la Chambre des tutelles a rejeté le recours de X._____ et a renvoyé la cause à la justice de paix pour qu'elle examine les mesures susceptibles de rétablir les relations personnelles entre l'enfant et son père.
C.
X._____ interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Il conclut à l'annulation de l'arrêt cantonal, au retour de l'enfant A._____ en Israël et sollicite l'octroi de l'assistance judiciaire. Il invoque principalement une fausse application de l'art. 13 al. 1 let. b de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (RS 0.211.230.02; ci-après : CEIE) et, subsidiairement, une violation de l'art. 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (RS 0.107; ci-après : CDE).

Y._____ conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. Elle réclame également le bénéfice de l'assistance judiciaire.
D.
Par ordonnance du 27 juin 2007, le président de la cour de céans a admis la requête d'effet suspensif présentée par le recourant.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Comme la décision attaquée a été rendue après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007 (RO 2006, 1242), de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), le recours est régi par le nouveau droit (art. 132 al. 1 LTF).
2.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 132 I 140 consid. 1.1; 132 III 291 consid. 1).

Les décisions statuant sur le retour d'un enfant en application de la CEIE ne sont pas des affaires civiles. Il s'agit d'une entraide administrative entre les Etats contractants (ATF 120 II 222 consid. 2b) liée cependant directement au respect et à la mise en oeuvre du droit civil étranger (art. 72 al. 2 let. b. ch. 1 LTF). Interjeté en temps utile et dans les formes requises contre une décision rendue en dernière instance cantonale (art. 42, 75 al. 1 et 100 al. 2 let. c LTF), le recours en matière civile est recevable.
3.
L'objectif de la CEIE est d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans un Etat contractant (art. 1 let. a CEIE). Est considéré comme illicite le déplacement ou le non-retour d'un enfant lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, seule ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou non-retour (art. 3 let. a CEIE). Le « droit de garde » comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (art. 5 let. a CEIE). En l'espèce, il n'est pas contesté que le déplacement de l'enfant en Suisse est illicite, dans la mesure où le père détenait conjointement avec l'intimée l'autorité parentale (guardianship), ce qui comprend selon le droit israélien le droit de déterminer la résidence de l'enfant. Par ailleurs, dès lors que la demande de retour a été présentée dans le délai d'un an à partir du déplacement, l'intimée ne remet pas non plus en question qu'en principe, en application de l'art. 12 CEIE, le retour immédiat de l'enfant devrait être ordonné. La seule question litigieuse est donc de savoir s'il peut être fait
exception au retour en vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE.
4.
Selon le recourant, en refusant d'ordonner le retour de l'enfant en Israël, les juges cantonaux ont fait une fausse application de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE.

4.1 En vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE, dont le Tribunal fédéral examine librement le respect (art. 95 let. b LTF), l'autorité judiciaire de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

Les exceptions au retour prévues à l'art. 13 de la CEIE doivent être interprétées de manière restrictive; le parent auteur de l'enlèvement ne doit tirer aucun avantage de son comportement illégal (arrêt 5P.71/2003 du 27 mars 2003 consid. 2.2 in : FamPra.ch 2003 p. 718). Seuls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la CEIE n'a pas pour but d'attribuer l'autorité parentale (ATF 131 III 334 consid. 5.3; 123 II 419 consid. 2b p. 425). Une exception au retour en vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE n'entre donc en considération que si le développement intellectuel, physique, moral ou social de l'enfant est menacé d'un danger sérieux (arrêt 5P.65/2002 du 11 avril 2002 consid. 4c/bb in : FamPra.ch 2002 p. 620 et la réf. citée). Le fardeau de la preuve incombe à la personne qui s'oppose au retour de l'enfant (arrêt précité consid. 4b in : FamPra.ch 2002 p. 620 et la réf. citée).
4.2 La cour cantonale a observé qu'il s'agit d'un enfant très jeune qui est sous la garde de la mère, laquelle a toujours pourvu à son entretien. De son côté, le père vit dans une communauté religieuse où il est nourri et ne tire de son activité de professeur de sport et d'art dramatique qu'un revenu mensuel de 300 fr. La garde de l'enfant lui a été retirée en raison du climat de peur qu'il faisait régner au domicile familial. Pour cette même raison, les tribunaux israéliens lui ont ordonné de se constituer un domicile séparé et lui ont interdit de s'approcher de l'appartement de la mère. Avant le déplacement de l'enfant en Suisse, le père ne disposait que d'un droit de visite restreint, à savoir deux fois deux heures par semaine, sous la surveillance des services sociaux israéliens. Concernant les conditions d'un éventuel retour de l'enfant sans la mère, selon les éléments fournis par le Ministère israélien de la justice le 12 mars 2007, le père qui partage actuellement un appartement avec un colocataire et travaille toujours dans une institution d'enseignement religieux, serait disposé à prendre soin de l'enfant. Se fondant sur le caractère lacunaire et peu rassurant de ces renseignements ainsi que sur l'expertise judiciaire
menée par le Dr B._____, médecin psychiatre, la cour cantonale a considéré qu'un retour en Israël impliquait un risque de danger psychologique pour l'enfant et pouvait le placer dans une situation intolérable, qu'il soit accompagné ou non de sa mère. Elle a ajouté que, vu les faibles ressources financières du père, un retour en Israël de l'intimée porterait également atteinte à la sécurité économique de l'enfant dont la mère devrait retrouver un emploi afin de subvenir à leurs besoins.

En l'occurrence, le recourant ne critique pas l'appréciation de la cour cantonale selon laquelle il existe un risque grave que l'enfant soit exposé à un danger psychique en cas de retour sans l'intimée. En revanche, il est d'avis que ce danger est inexistant si la mère accompagne l'enfant en Israël, ce que l'on peut raisonnablement attendre de celle-ci. Or, concernant ce dernier cas de figure, on cherche en vain dans le jugement cantonal la preuve d'un risque grave de danger ou de situation intolérable pour l'enfant. L'expert psychiatre ne s'est en particulier pas prononcé sur cette question, mais a expliqué que ce danger ne pouvait être évalué sans connaître les conditions d'un éventuel retour. S'agissant du comportement violent du recourant à l'encontre de l'intimée, il ne ressort pas du jugement cantonal que l'enfant soit menacé directement ou indirectement, à savoir par le fait d'être témoin de cette violence à l'encontre de la mère. Celle-ci a précisé que le père respectait les modalités fixées pour le droit de visite qui se passait bien. L'assistante sociale mandatée pour surveiller le droit de visite a qualifié de merveilleuse la relation père-fils telle qu'elle s'était établie juste avant l'enlèvement de l'enfant par sa
mère. Cette dernière ne prétend pas que le recourant enfreignait les ordres judiciaires qui lui interdisaient d'approcher de l'appartement ainsi que de l'importuner et/ou de la harceler. Quant aux considérations tirées de l'absence de revenu du père et à ses liens avec la communauté religieuse « Loubavitch », en l'état, elles ne démontrent pas l'existence d'un risque grave de danger pour l'enfant au sens de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE. Si ces indications sont utiles pour déterminer lequel des deux parents dispose des meilleures capacités éducatives afin de décider de l'attribution du droit de garde - question qui est tranchée par les autorités judiciaires du lieu de la résidence habituelle (art. 16 CEIE) - , elles ne sont en revanche pas pertinentes pour décider du retour de l'enfant après un enlèvement illicite (cf. consid. 4.1 supra).

S'agissant de la menace de la mère de ne pas rentrer en Israël, le jugement cantonal ne traite pas du tout des motifs de ce refus alors qu'il appartenait à celle-ci d'établir l'existence de circonstances objectives justifiant cette attitude. Les magistrats cantonaux citent l'expert psychiatre qui évoque les « risques judiciaires » encourus en cas de retour en Israël, sans qu'il soit précisé si l'intimée risque concrètement une peine de prison ferme comme conséquence de l'enlèvement. A supposer que ce risque soit avéré, on ne pourrait attendre de celle-ci qu'elle rentre en Israël avec l'enfant - ce qui exclurait par conséquent le retour de A._____ au vu du danger psychique majeur auquel l'exposerait la séparation d'avec sa mère. Celle-ci ne s'est pas exprimée à ce sujet dans sa réponse adressée au Tribunal fédéral; en particulier elle ne prétend pas être menacée d'une peine de prison ferme ni même d'une sanction pénale. Elle ne soutient pas non plus qu'en cas de retour en Israël, il lui serait impossible ou très difficile de s'y intégrer, en particulier de trouver un nouvel emploi. En conséquence, on ne discerne pas davantage d'éléments de nature économique qui rendraient insupportable le retour de la mère et, par conséquent, de
l'enfant. Ainsi, faute pour l'intimée d'avoir établi l'existence de motifs qui justifieraient objectivement un refus de rentrer en Israël, il faut admettre que l'on peut raisonnablement attendre de celle-ci qu'elle retourne dans l'Etat de provenance en compagnie de l'enfant. Dans ces circonstances, le caractère peu rassurant des renseignements fournis par l'Autorité centrale israélienne (cf. consid. 4.2 supra) sur lesquels s'est notamment fondée la cour cantonale pour justifier l'exception au retour prévue par l'art. 13 al. 1 let. b CEIE n'est pas déterminant car ces informations ne tiennent compte que de l'hypothèse d'un retour de l'enfant sans sa mère.

En conséquence, les magistrats cantonaux ont enfreint l'art. 13 al. 1 let. b CEIE en considérant qu'il y avait lieu de faire exception au retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle. Le recours doit donc être admis et l'arrêt attaqué annulé, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le grief relatif à la violation de l'art. 3 CDE. Il appartiendra à l'intimée d'assurer le retour de l'enfant A._____ en Israël d'ici à la fin septembre 2007.
5.
Conformément à l'art. 26 al. 2 CEIE qui prévoit la gratuité de la procédure, il n'est pas perçu de frais judiciaires. On s'écarte ainsi de la solution retenue en application de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ) qui consistait à ne pas appliquer cette disposition conventionnelle à la procédure fédérale de recours (ATF 131 III 334 consid. 7). Cette jurisprudence se justifiait par le caractère extraordinaire du recours de droit public; elle n'est plus valable dès lors que les décisions prises en application de la CEIE peuvent désormais être attaquées par la voie ordinaire du recours en matière civile (cf. consid. 2 supra). Vu le sort du recours, l'intimée versera au recourant une indemnité à titre de dépens. Dans cette mesure, la demande d'assistance judiciaire déposée par le recourant est sans objet. Quant à celle déposée par l'intimée, elle doit être rejetée. Celle-ci s'est en effet contentée d'indiquer qu'elle produirait des attestations de ses revenus et de sa fortune sur réquisition alors qu'il lui appartenait d'établir et de documenter son indigence (art. 64 al. 1 LTF; pour l'ancien droit : ATF 125 IV 161 consid. 4a).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est admis et l'arrêt attaqué est annulé.
2.
Il est ordonné à l'intimée d'assurer le retour de l'enfant A._____ en Israël d'ici à la fin septembre 2007.
3.
La requête d'assistance judiciaire de l'intimée est rejetée.
4.
Il n'est pas perçu de frais de justice.
5.
L'intimée versera au recourant une indemnité de 2'000 fr. à titre de dépens.
6.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et à la Chambre des tutelles du Tribunal cantonal vaudois.
Lausanne, le 16 août 2007
Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le président: La greffière: